

Braunschweigische
Wissenschaftliche Gesellschaft

Jahrbuch 2018

Sonderdruck
Seiten 149–153



J. CRAMER Verlag · Braunschweig
2019

FEIERLICHE JAHRESVERSAMMLUNG KOLLOQUIUM

Einführung in das Themenfeld „Gesetzmäßigkeiten der Natur und Quellen des positiven Rechts“^{**}

GUNTHER KÜHNE^{**}

Institut für deutsches und internationales Berg- und Energierecht der Technischen
Universität Clausthal, Arnold-Sommerfeld-Str. 6, DE-38678 Clausthal-Zellerfeld

1. Anlaß des Kolloquiums im Jahre 2018

In diesem Jahr verleiht die Braunschweigische Wissenschaftliche Gesellschaft (BWG) die Carl Friedrich Gauss-Medaille zum zweiten Mal in ihrer Geschichte an einen Gelehrten aus dem Bereich der Rechtswissenschaft. Nach der im Jahre 2000 erfolgten Auszeichnung des inzwischen emeritierten Direktors des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Hopt,¹ fällt die Ehrung im Jahre 2018 an Sie, hochverehrter Herr Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof, und damit an einen Lehrer des Staatsrechts und des öffentlichen Rechts. Nach den Regularien der BWG wird der Tag der öffentlichen Ehrung durch ein halbtägiges Kolloquium eingeleitet, welches ein Thema aus dem Umfeld des Arbeitsgebiets des Preisträgers wissenschaftlich erhellen und der Öffentlichkeit nahebringen soll. Für das diesjährige Kolloquium haben wir im Benehmen mit Ihnen, sehr verehrter Herr Kirchhof, das Generalthema „Gesetzmäßigkeiten der Natur und Quellen des positiven Rechts“ ausgewählt. Es atmet denselben Geist ethischer Grundsätzlichkeit, der das gesamte Lebenswerk unseres Laureaten durchzieht, auf das im Einzelnen einzugehen der Laudatio durch Herrn Kollegen *Luchterhandt* am heutigen Nachmittag vorbehalten ist.

* Generalthema des Carl-Friedrich-Gauss-Kolloquiums anläßlich der Verleihung der Carl Friedrich Gauss-Medaille an Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof im Rahmen der Feierlichen Jahresversammlung am 15. Juni 2018.

** Prof. Dr. jur., LL.M. (Columbia); Honorarprofessor an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Text enthält die überarbeitete und durch Fußnoten ergänzte Fassung des Einführungsvortrages.

¹ Siehe die Ansprachen und Vorträge anläßlich der Verleihung einschließlich der Laudatio (*Kühne*) in: Jahrbuch der BWG 2000, 2001, S. 149 ff.

2. Mögliche Themenverständnisse

Die bloße Nebeneinanderstellung der Begriffe „Gesetzmäßigkeiten der Natur“ und „Quellen des positiven Rechts“ in der Formulierung des Generalthemas läßt mehrere Deutungen über deren Verhältnis zueinander zu.

Auf den ersten Blick liegt eine Dualität von Sollen, d.h. den menschliches Handeln steuernden Rechtsnormen, und Sein, dem auch die Naturgesetzmäßigkeiten zugehören, nahe. Dem positiven, also von einem staatlichen Gesetzgeber gesetzten Sollens-Recht, stehen die Gesetzmäßigkeiten der Natur, also die der Sollens-Ebene vorgegebenen Seins-Gesetze gegenüber, welche das Walten unserer realen Welt beherrschen. Wenn auch die Naturgesetze als solche dem Menschen vorgegeben und damit keinem menschlichen Sollensbefehl unterworfen sind, so kann der Mensch doch schöpferisch mit ihnen umgehen. Dieses Verhältnis von Vorgegebenheit und schöpferischem Umgang durch den Menschen kennzeichnet die Beziehung der Naturwissenschaften und ihrer Gesetzmäßigkeiten zu den für die Braunschweigische Wissenschaftliche Gesellschaft besonders bedeutsamen Ingenieurwissenschaften. Hier geht es um den Einsatz der Naturgesetze zur Lösung technischer Probleme innerhalb der Seins-Welt. Auf der sich an den Menschen richtenden rechtlichen Ebene, also der Sollens-Ebene, gewinnt die Gegenstandsbeziehung zwischen Naturgesetzmäßigkeit und Rechtsordnung insbesondere für den Bereich des Umwelt- und Technikrechts große Bedeutung. Hier geht es um die an technische Systeme zu stellenden Sollens-Anforderungen. Sie dienen ganz wesentlich dem Schutz hochrangiger Rechtsgüter (menschliches Leben, Gesundheit, Natur).

Man kann den Zusammenhang zwischen Gesetzmäßigkeiten der Natur und Quellen des positiven Rechts allerdings auch als Dualismus allein auf der Sollens-Ebene verstehen: als Stufenverhältnis zwischen positivem Recht und einem diesem übergeordneten Rechtskomplex: Dann haben wir es mit dem zu tun, was man gemeinhin als Naturrecht bezeichnet: Eine auf die Natur des Menschen selbst und seine Wesenseigenschaften bezogene Rechtsebene. Man kann als Quelle eines solchen Rechtskörpers eine göttliche Offenbarung oder auch eine Emanation objektiver Vernunft ansehen. Ein besonders deutliches und geradezu bildhaftes Beispiel für die erste Variante ist die Mosaische Gesetzesoffenbarung der Zehn Gebote am Berge Sinai,² während die in die Antike hineinreichenden, neuzeitlichen Naturrechtslehren überwiegend die objektive Vernunft als Quelle des Naturrechts verstehen.³ Ein Blick in die den Teilnehmern vorliegenden Gliederungs- und Thesenübersichten zeigt,

² Exodus 20, 2–17; Deut. 5, 6–21.

³ Besondere Bedeutung kommt dabei dem sich im 17. und 18. Jahrhundert Bahn brechenden Gedanken der Gleichheit aller Menschen zu, vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts in Europa, 2010, Rdnr. 126 (S. 394).

daß die heutige Themenstellung in erheblichem Maße auch i.S. der Problematik des Verhältnisses des positiven Rechts zu unverrückbaren ethischen Grundnormen verstanden wird.

3. Naturrecht als traditioneller Standort einer übergeordneten Rechtskategorie

Damit bilden Naturrecht und Menschenwürde als dessen innerster Kern einen wichtigen Teil der heutigen Veranstaltung. Dies kann als Zeichen gewertet werden, daß wir einer solchen Besinnung auf dem positiven Recht vorgegebene Normen bedürfen. Mir persönlich scheint dies der Fall zu sein. Dieses Bedürfnis schwankt in seiner Intensität mit dem Charakter der historischen Zeitläufte. Die Neigung, dem grundsätzlich dem Willen des staatlichen Gesetzgebers anheimgegebenen positiven Recht eine diesem Willen entzogene unabänderliche Rechtsquelle vorzugeben, zeigt sich insbesondere in Zeiten der Erschütterung historisch-kultureller Sinn- und Heilsgewißheiten. Solche Faktoren waren etwa bei dem Aufblühen der Naturrechtslehren im Übergang vom christlich geprägten Mittelalter zur aufklärungsinspirierten Neuzeit (Stichwort: vom Glauben zum Wissen)⁴ oder der intensiven Naturrechtsdiskussion nach der Menschheitskatastrophe der 40er Jahre (2. Weltkrieg und Holocaust) mit der im Jahre 1946 von *Gustav Radbruch* geprägten sog. Radbruchschen Formel von der Unbeachtlichkeit unerträglich ungerechten positiven Rechts am Werke.⁵

In der Tat hat es den Anschein, als befinden wir uns gegenwärtig – rund 70–100 Jahre nach den Katastrophen des 20. Jahrhunderts – in einer Phase der Infragestellung und zum Teil auch schon Erosion unserer innerstaatlichen wie auch europäischen trans- und internationalen Gesellschafts- und Staatenordnung sowie des Völkerrechts. Im Zentrum dieser Besorgnisse stehen dabei die Veränderungen in der Einstellung weiter Kreise einschließlich der politischen Klasse zum Recht und zum Rechtsstaatsgedanken. Es erscheint daher durchaus angemessen und zeitgemäß, sich Gedanken darüber zu machen, inwieweit es gelingen kann, den staatlichen Gesetzgeber an grundlegende, dem positiven Recht vorgeordnete Normen zu binden. Dabei spielt offenbar das Naturrecht eine geringere Rolle als in früheren Zeiten, etwa nach dem 2. Weltkrieg. Dies dürfte damit zusammenhängen, daß der moderne säkulare Verfassungsgesetzgeber Wege gefunden hat, dem Gesetzgeber Begrenzungen hinsichtlich des Eingriffs in solche grundlegenden übergeordneten und besonderen ethischen Gehalt aufweisenden Normen aufzuerlegen.

⁴ Wesel (Fn. 3), Rdnr. 100 (S. 300).

⁵ In seinem Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, S. 105 ff.

4. Moderne Formen der Bindung des Gesetzgebers an übergeordnete ethische und verfassungspolitische Grundnormen

Das deutsche Grundgesetz ist bei den Vorkehrungen zur Bindung des Gesetzgebers an grundlegende übergeordnete Normen und Werte – historisch erklärlich – besonders weit vorangeschritten. Eine erste Stufe der Begrenzung stellen dabei die qualifizierten Mehrheitsanforderungen an Verfassungsänderungen insgesamt dar. Diese Anforderungen erfassen damit nicht nur die besonderen ethischen Gehalt verkörpernden Grundrechtsartikel 1–19, sondern auch die in den Art. 20–146 enthaltenen Staatsorganisationsnormen. Verfassungsänderungen erfordern einen Gesetzesbeschluß mit den Stimmen von zwei Dritteln der Mitglieder des Deutschen Bundestages und von zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates. Der Gesetzgeber des Grundgesetzes ist jedoch im Jahre 1949 mit der sog. Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 noch darüber hinausgegangen. Nach dieser Bestimmung ist eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder – in unserem heutigen Zusammenhang entscheidend – die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig. In Art. 20 Abs. 3 werden die staatsrechtlichen Wesensmerkmale der Bundesrepublik festgelegt: Republik, Demokratie, Bundesstaat, Rechtsstaat und Sozialstaat. In Art. 1 wird die Menschenwürde garantiert. Diese Werte und Prinzipien stellen damit dem Gesetzgeber vorgegebene und unberührbare Normen dar. Funktionell handelt es sich dabei um etwas, was der Rolle des Naturrechts entspricht. Die Menschenwürde, die am heutigen Vormittag noch Gegenstand eines eigenen Vortrags sein wird, stellt in diesem System die ethische Grundverankerung dar, aus der sich dann im wesentlichen auch die in den Art. 2–19 GG enthaltenen Grundrechte ableiten lassen. Diesem Ableitungszusammenhang kann auch durchaus sehr praktische Bedeutung zukommen, wie sich am Beispiel *Israels* zeigen läßt. Aus komplexen innenpolitischen Gründen kennt Israel keinen umfassenden Grundrechtskatalog, wohl aber wenige sog. basic laws, in denen die Menschenwürde und einige Grundrechte wie z.B. die Berufsfreiheit, garantiert werden.⁶ In den 90er Jahren bis kurz nach der Jahrhundertwende hat der Oberste Israelische Gerichtshof unter der Führung seines schon legendären und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genau beobachtenden Präsidenten *Aharon Barak* gegen den Widerstand orthodox-religiöser Kreise den Grundrechtsschutz teilweise durch Ableitungen unmittelbar aus der Menschenwürde erweitert und so den Mangel eines fehlenden Grundrechtskataloges partiell ausgeglichen.⁷

⁶ Zum Menschenrechtsschutz in Israel vgl. jetzt *Shetreet/Homolka*, Jewish and Israeli Law – An Introduction, 2017, S. 131 ff.; 139 ff.

⁷ Das Oberste Gericht hat auf diesem Wege den Grundrechtsschutz bis in das Privatrecht ausgedehnt, vgl. den Fall *Chevra Kadisha Burial Society „Jerusalem Congregation“ v. Kestenbaum*, 46 (2) P.D.464, 520 (1992), bei dem es um die – vom Gericht bejahte – Zulässigkeit der Beifügung des Namens des Verstorbenen auf einem Grabstein in lateinischer zusätzlich zur hebräischen Schreibweise ging.

Diese Rechtsprechungslinie wird allerdings von den gegenwärtig in Israel herrschenden politischen Kreisen als unangebrachter „judicial activism“ angegriffen.

Auch auf europäischer Ebene, auf der es keine Entsprechung zu der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG gibt, wird die Diskussion darüber, ob es für die grundsätzlich in Art. 48 des Vertrages über die Europäische Union (EU-Vertrag) vorgesehene Änderbarkeit des europäischen Primärrechts gewisse Grenzen gibt, geführt. Diese Diskussion verläuft allerdings sehr zurückhaltend. In der fachwissenschaftlichen Behandlung dieses Themas wird die Existenz solcher Grenzen und damit die Änderungsfestigkeit gewisser Grundverbürgungen des primären EU-Rechts teilweise bejaht.⁸ So gehören zu den Grundwerten der EU nach Art. 2 EUV etwa die Menschenwürde und die Rechtsstaatlichkeit. Eine natürlich zeitlich auf die Existenz der EU und ihrer vertraglichen Grundlage begrenzte „Ewigkeitsklausel“ nach Art. 79 Abs. 3 GG wäre jenseits aller Erwägungen praktischer Wirksamkeit in der gegenwärtigen politischen Situation in Europa möglicherweise zumindest ein hilfreiches Symbol.

⁸ So z.B. bei *Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union, 2005, S. 743 ff., 748 ff. (Rechtsstaatlichkeit); dagegen z.B. *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Rn. 70 ff. zu Art. 48 EUV m.w.Nachw.